

【商事法】

超越商事交易裁判中的“普通民法逻辑”

蒋大兴

【摘要】中国正处于“全面商化”阶段,由于缺乏《商法通则》,法官经常需要面对如何区分及处理民事与商事交易的问题,特别是《民法典》与商事单行法之间的表面冲突与矛盾应如何化解等问题将长期摆在我们面前。《九民纪要》等解释性文件虽部分地处理了《民法总则》与《公司法》《合同法》的协调问题,但对商法中一些核心原则和观念(例如外观主义、公司法的团体性理念)的坚守尚存在偏差。对此,恐应超越商事交易裁判中的“普通民法逻辑”,坚持商事特别法优先适用的原则。在司法实践中,一是应当调整公司对外担保纠纷的裁判规则,债权人不能以其不知法律及章程的规定为由主张其为善意相对人。同时应调整对上市公司担保的诸多规则,不应忽视章程对外担保数额限制规则的法效力。二是应以“信托设立目的违法”为由,全面否定通道业务信托合同的效力,遵循商事特别法——信托法个别规范优先适用规则。三是应当调整隐名持股协议的法效力规则,在组织法上贯彻严格的外观主义原则,矫正关于外观主义仅在交易法中适用的片面见解。

【关键词】规范冲突;商事裁判;商事特别法;优先适用

【作者简介】蒋大兴,北京大学法学院教授、华东政法大学“经天学者”荣誉教授。

【原文出处】《国家检察官学院学报》(京),2021.2.3~24

《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)出台后,一些新设规范的存在,可能产生《民法典》与相关部门法的“适用争议”。尤其是,《民法典》有关规定与《公司法》等商事单行法之间的规范冲突如何协调,必将成为实践难题。一些此前在实务中已存在巨大争议类案,诸如公司对外担保行为的效力、通道业务信托合同和隐名持股协议的效力等,会否因为《民法典》的颁行而起到定分止争的效果?在《民法典》与《公司法》等商事单行法之间发生“表面冲突”时,依照何种原则及规则进行处理?或者《民法典》如何适用于上述具体商事纠纷案件的裁判?均值得学界讨论。

在《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)颁布后《民法典》颁行前,学界对《民法总则》与《公司法》的规范冲突或漏洞即有讨论。有学者认为:“民法总则有关法人、营利法人以及法律行为的一般性规则,对公司法均有补充适用的余地。在公

司决议的成立与撤销、公司解散时的清算义务与清算后剩余财产的处理等问题上,应处理好公司法特别规定的优先适用与民法总则一般规定的补充适用之间的关系。公司法对公司董事以法人名义实施的民事法律行为缺乏规范,应以类推适用的方法适用民法总则的规定,以填补该项漏洞。同时,以民法总则的法源条款填补公司法上的其他漏洞时,应充分关注法源适用的顺位,使有关公司的商事习惯法优先于民法适用。”^①最高人民法院也试图通过《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)解决《民法总则》与《公司法》等单行法之间的部分冲突,他们认为:

《民法总则》与《公司法》的关系,是一般法与商事特别法的关系。《民法总则》第三章“法人”第一节“一般规定”和第二节“营利法人”基本上是根据公司法的有关规定提炼的,二者的精神大体一致。因此,涉及《民法总则》这一部分的内容,规定一致的,适用

《民法总则》或者《公司法》皆可;规定不一致的,根据《民法总则》第11条有关“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定”的规定,原则上应当适用《公司法》的规定。但应当注意也有例外情况,主要表现在两个方面:一是就同一事项,《民法总则》制定时有意修正公司法有关条款的,应当适用《民法总则》的规定。例如,《公司法》第32条第3款规定:“公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记;登记事项发生变更的,应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人。”而《民法总则》第65条的规定则把“不得对抗第三人”修正为“不得对抗善意相对人”。经查询有关立法理由,可以认为,此种情况应当适用《民法总则》的规定(此即“一般法专门修正特别法的适用一般法”)。二是《民法总则》在《公司法》规定基础上增加了新内容的,如《公司法》第22条第2款就公司决议的撤销问题进行了规定,《民法总则》第85条在该条基础上增加规定:“但是营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”此时,也应当适用《民法总则》的规定(此即“特别法无规定的适用一般法”)。^②

按照上述法律适用原理,对于《民法总则》与《公司法》的关系,大体按照以下三项原则进行适用:其一,《公司法》作出不同规定的,按照“特别法优先于一般法”的原则,优先适用《公司法》;其二,《民法总则》特别修订了《公司法》的,按照“新法优先于旧法”的原则,优先适用《民法总则》;其三,《民法总则》新增规定而《公司法》无规定的,按照“一般法优先适用”的原则进行处理。由此,形成《民法总则》与《公司法》在法律适用上的辩证关系,需要考量法律的位阶层级、规范事项是否同一以及规范的新旧属性进行判断。

上述关于《民法总则》与《公司法》规范的适用原则,规则基本也能套用于解释《民法典》与《公司法》的关系。但对于《民法典》与《公司法》规范不一致之处,到底何时可视为《民法典》是“有意”就同一事项修正了《公司法》的规定,或者《民法典》是在《公司法》规定基础上增加了新内容,进而应直接适用《民

法典》的规定?在判断上仍非一目了然。正如学者所言,商法未作特别规定的,适用民法的一般规定。这种做法忽略了商法未作特别规定的,尚应区分为商法“无需作出特别规定”和“应当作出特别规定而未作特别规定”两种情形。对于前者,应适用民法的一般规定;而对于后者,则构成商法的漏洞,应以法律漏洞填补的方法予以补充。填补商法漏洞而形成的规范本质上仍属商事特别法范畴,若对商法未作特别规定的情形,不加区分地均适用民法的一般规定,无疑抹杀了商法漏洞的特别法属性,导致特定事项缺失规范的目的性和正当性。^③可见,对《民法典》与《公司法》存在表面冲突或不一致的规范,仍应坚持民事与商事适当区分的原则,选择性地适用民法规范或商法规范。本文试图超越商事交易裁判中的“普通民法逻辑”,坚持“商事关系特别调整优先”原则,结合司法实务中的若干争议案型,对《民法典》与《公司法》中的一些冲突性场景的法律适用进行讨论,希望对完善《民法典》与《公司法》等商事特别法的适用,尤其是对改进最高人民法院相关司法解释或裁判的立场具有意义。

一、类案1:公司对外担保纠纷的效力判断规则

公司对外担保纠纷是公司法中的“哥德巴赫猜想”,理论界与实务界因偏向民法与商法立场的不同而对此长期争议不决。即便《九民纪要》专门对此进行规范,也未能彻底解决相关问题,反而因解释立场的差异,使上市公司对外担保等个别问题的处理变得更加复杂。《民法典》的颁行,是否最终有利于解决公司对外担保纠纷,《九民纪要》的相关立场是否需要调整,成为摆在我们案头迫切需要解决的问题。

《公司法》第16条共设三款分别对公司担保作出了明确规定,即“公司向其他企业投资或者为他人提供担保,依照公司章程的规定,由董事会或者股东会、股东大会决议;公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的,不得超过规定的限额(第1款)。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议(第2款)。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东,不得参加前款规定事项的表

决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过(第3款)。”但因该条缺乏“效果条款”,违反该条而实施的担保行为,究应如何认定其效力并分配相应责任,长期以来在司法实践和理论上均有不同观点。^④有人从该条规范性质是否属于效力性强制规定角度,去理解违规担保的效力;^⑤有人从决议效力角度去理解违规担保的效力;^⑥还有人从代表权限制角度去理解担保合同的效力。^⑦近十年来,最高法院不同庭室、不同合议庭、不同审判人员对该问题的理解也存在分歧。早期多围绕《公司法》第16条的规范性质——到底是强制性规范抑或管理性规范展开争议,^⑧“法秩序派”侧重尊重法条所型构的基本秩序,倾向于主张该条为“效力性强制规范”,违反该条规范将导致合同无效;^⑨“法自由派”侧重尊重外部交易相对人的利益,多倾向于主张该条为“管理性规范”或“非效力性强制规范”,违反该条规范不影响合同效力,^⑩前一主张多为商法学者或偏向商法思维的学者支持,后一主张多为民法学者或偏向民法思维的学者支持,且后一主张曾长期位居主流。最高法院民二庭曾采“区分说”,视《公司法》第16条第1款为管理性规范,视该条第2款、第3款为强制性规定,违反上述规定第2款、第3款则导致担保合同无效或不生效,^⑪其后,相关人员又转向“限制的区分说”,仅认股份公司/上市公司违反上述规定的担保合同无效。^⑫再其后,最高法院又转向“代表权限制说”。例如,2017年,最高法院民二庭“第七次法官会议纪要”讨论了“公司对外担保合同的效力认定和效果归属”问题。针对该条的理解,该次会议罗列了“内部关系说(合同有效)”“规范性质识别说(合同有效)”和“代表权限制说(担保合同对公司不发生效力)”等不同观点。该会议纪要强调:公司的法定代表人“等行为人未按《公司法》第16条的规定以公司名义为他人提供担保,但符合《合同法》第50条、第49条的规定或者公司事后予以追认的,应认定该担保行为有效;依法不构成表见代表、表见代理或者公司不予追认的,应认定该担保合同对公司不发生效力”。^⑬该次法官会议在很大程度上矫正了此前法院裁判过程中关于违规担保的错误认识,有助于遏制泛滥的违规担保行

为,法院开始对违规担保从是否符合表见代表/表见代理的角度进行审查。^⑭

及至《九民纪要》,进一步延续了有关“代表权限制说”,以交易相对人在实施担保行为时是否知情,来解释违规担保的效力,^⑮但对违规担保不再以“对公司不发生效力”来评定其效力,而是以“无效”进行解释。在法效果规制上,存在明显退步。但相较于此前“法自由派”的裁判立场,《九民纪要》大大减少了“违规担保依然有效”的“反常识”情形,对维护公司法人格独立性和“治理的有效性”起到了积极作用。但《九民纪要》未能彻底贯彻法人格独立性原则,存在偏重债权人利益而对公司利益保护不力的问题,尤其是对上市公司违规担保的处理态度比较暧昧,对违规担保法效果的解释与责任分配也存在明显不合理之处。在该纪要颁行后,非但未能最终形成有效的公司对外担保秩序,反而使上市公司违规担保的法效果产生了新的争议——上市公司违规担保是否应一律无效以及担保无效时,上市公司应否承担及如何承担赔偿责任?等等,对这些问题实务中裁判尺度差异很大。《民法典》与公司对外越权担保有关的法律条文主要体现在第61条、第170条、第171条、第172条、第504条中,上述条文对违规担保行为法效果的规范相对科学,但仍存在解释上的问题,并未最终解决争议。本文拟重释公司法定代表人等实施违规担保行为的法效力等疑难问题,以有助于形成正常的公司治理秩序和交易秩序。

(一)对债权人善意与否的判断:应考量其对法律规定及章程限制是否知情

在司法实务中,对公司债权人在接受担保时,是否需审查法律与公司章程对公司担保行为的限制,一直存在争议。一种比较极端的观点认为,公司章程对担保的限制属于公司内部管理性规范,不应约束外部债权人。因此,债权人无须审查公司章程的规定。^⑯此种观点忽略了对公司担保行为的章程限制,本身有其法律依据。因此,所谓“章程限制”其实也是一种“法律限制”,当然具有外部约束力。对公司担保的限制,不仅仅是一种公司内部的管理性规范——而是“表现为法律”的公司内部治理规范。由

于对公司担保的章程限制表现为公司法的规定,因此,上述章程限制应同时具有法律的外部约束力/影响力,而不仅仅是公司内部约束力。商法假设公司债权人是理性的交易相对人,债权人在接受担保时,应当审查该担保是否符合《公司法》与公司章程的规定。若债权人在接受担保时,完全不知法律与章程对担保行为的限制,则难以据此抗辩主张其为善意相对人。因为,作为法律,一经公布,任何人均不得以不知法律有规定或宣称对法律有不同理解而免于适用该法律。^⑦法律一旦公布,就推定为任何其管辖区域内的所有人均已知晓,任何人都不能以不知法律规定为由请求保护。若某人可以从“不知法律规定中获益”,则法治秩序将难以维护。所以,当法律对公司对外担保的决议机关、决议程序、决议权限、限制文件等已做出明确规定时,债权人应视为已知晓该规定,债权人接受违反该规定的担保,不应认其构成善意相对人。因此,债权人的注意义务至少是两个层次的复合注意义务:对法律的注意义务是债权人的第一层次的注意义务,也是最低的注意义务;对公司章程的注意义务,是第二层次的注意义务。在公司对外担保权限限制这一问题,债权人对法律的注意义务与对章程的注意义务是合二为一的。

由此,《公司法》第16条要求公司对外担保,必须按照公司章程规定,由股东会或董事会决议。这一法律规定,事实上剥夺了法定代表人单独对外实施担保行为的权力,鉴于上述规定本身属于法律规定,应推定债权人已经知晓。由于上述法律规定的存在,若公司章程对公司对外担保机关做了明确规定,则债权人必须审查个案中的对外担保是否符合章程规定,否则,债权人不应构成善意相对人。可见,公司章程,并非债权人在接受担保时不需审查或可审可不审的公司内部文件。因此,无论是作为公司股东,还是作为公司债权人,都应知晓公司的组织和行为是受法律规范而非任意妄为的。《公司法》第16条的立法理念之一,就是将公司对外提供担保时的内部决策程序、决策权限在公司法总则中晓谕公众,以图发生一体遵循的立法效果,该规定不仅调整公司内部管理事务,而且也规范公司外部交往事务。^⑧此

一见解亦有《民法典》上的依据。

按照《民法典》第61条之规定:“依照法律或者法人章程的规定,代表法人从事民事活动的负责人,为法人的法定代表人。法定代表人以法人名义从事的民事活动,其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制,不得对抗善意相对人。”上述三款规定系前后递进关系,不能割裂来看。也即,法定代表人只有在“依照法律或者法人章程的规定”担任“对外代表法人从事民事活动的负责人”时,才能视为“法人的法定代表人”,也只有在此情形,法定代表人以法人名义从事的民事活动,其法律后果才由法人承受。一旦该负责人超越法律或者法人章程的规定,其行为就不应视为法定代表人的行为,其以法人名义从事的民事活动,法律后果也不应由法人承受。法人或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制,若体现在其备案的章程之中,则此时债权人不能成为善意相对人。只有在法人或法人权力机构对法定代表人代表权的限制,未能依法体现在备案的公司章程中,才可能产生对该限制的善意相对人。例如,股东会决议限制法定代表人权利,或者修订章程限制法定代表人权利,但该章程并未备案,则上述章程或权力机关对法定代表人代表权的限制没有对债权人的对抗力。因此,从《民法典》第61条三款规范的体系解释而言,应认可合法备案章程的限制能对债权人产生对抗力,否则,章程对法定代表人的权利限制的安排就变得没有意义,《民法典》第61条与《公司法》第16条成为法律就没有价值。

《九民纪要》对公司违规担保时,债权人是否应承担审查法律与公司章程的义务界定不清,容易在实务中产生误导。按照该纪要,不知晓法律规定或不按公司章程规定接受担保的债权人,仍可构成善意相对人,这极大影响了公司内部治理的有效运作。例如,《九民纪要》规定,公司为公司股东或者实际控制人以外的人提供非关联担保,根据《公司法》第16条的规定,此时由公司章程规定是由董事会决议还是股东(大)会决议。无论章程是否对决议机关作出规定,也无论章程规定决议机关为董事会还是

股东(大)会,根据《民法总则》第61条第3款关于“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制,不得对抗善意相对人”的规定,只要债权人能够证明其在订立担保合同时对董事会决议或者股东(大)会决议进行了审查,同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定,就应当认定其构成善意,但公司能够证明债权人明知公司章程对决议机关有明确规定的除外。^⑩上述纪要规定,成功并引人误解地降低了债权人对公司章程的审查义务——在非关联担保情形,无论公司章程如何规定(无论其是否规定以及规定的决议机关为谁),只要债权人审查了公司决议,同意决议的人数及签字人员符合公司章程的规定,就应认定其构成善意。可是,如果不仔细审查章程关于对外担保的决议机构的规定,又如何能确定“同意决议的人数及签字人员”这两个要素“符合公司章程的规定”呢?因此,在对外担保情形,债权人审查公司章程对担保行为决议机构的规定,也是其最低层次的注意义务。可见,《九民纪要》对《民法总则》第61条(也即《民法典》第61条)的理解极不全面。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保新解释》)将越权担保仅局限于“违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定”,完全忽略了“公司章程的规定”,在相对人注意义务要求上明显倒退。这应当是“普通民法思维”不理解公司章程在公司治理中的价值的表现。尤其是,其关于相对人善意的解释,也未能将“不知法律及章程规定不构成善意”予以明确,该解释将“相对人善意”解释为——“是指相对人在订立担保合同时不知道且不应当知道法定代表人超越权限。相对人有证据证明已对公司决议进行了合理审查,人民法院应当认定其构成善意,但是公司有证据证明相对人知道或者应当知道决议系伪造、变造的除外。”^⑪由此,相对人不知晓法律及章程之规定,是否属于“不知道且不应当知道”之情形,并非一目了然,仍存在解释空间和争议,需要予以明确。

(二)应将违规担保的法效果从“无效”调整为“不生效”

按照理想主义路径,从尊重公司内部治理的有

效性与维护法律的尊严而言,对违反《公司法》第16条的法效果评价,有两种最佳处理模式可供采纳:其一,将《公司法》第16条理解为效力性强制规定,从而“违反即无效”——此为最简单、成本最小的法效果处理模式;其二,从代表权限制角度出发,令违规担保对公司不生效。前者是因担保行为“违法而无效”,后者是因担保行为尚不满足合意要件——公司意思不具备成立要件而“不生效地无效(无约束力)”。个人认为,这两种法效果处理模式在解释论上均能成立。但第二种处理模式可能对遏制违规担保更为有效,因为,若令违规担保不生效,则公司不需担责;但在担保无效之情形,公司可能仍需按过错担责——且在实践中,法定代表人选任不当或印章使用不当,都可能被视为公司存在“管理过错”。虽然从理论设计而言,在存在违规担保时,可赋予公司对担保交易效力的“选择权”——公司可选择上述两种路径之一保护自己利益。就如同同时存在侵权与违约两种可选择的救济方式时,当事人可择一救济。然而,这样的理想模式在目前很难得到认可,从现行法院裁判逻辑而言,坚持并完善“代表权限制说”恐为不二路径。如此,仍应尽快调整《九民纪要》的立场,将违规担保的法效果从“无效”调整为“不生效”为宜。

《九民纪要》认为,《公司法》第16条对法定代表人的代表权进行了限制。根据该条规定,担保行为不是法定代表人所能单独决定的事项,而必须以公司股东(大)会、董事会等公司机关的决议作为授权的基础和来源。法定代表人未经授权擅自为他人提供担保的,构成越权代表,人民法院应当根据《合同法》第50条关于法定代表人越权代表的规定,区分订立合同时债权人是否善意分别认定合同效力:债权人善意的,合同有效;反之,合同无效。^⑫按照《民法典》中代理权/代表权的逻辑,违规担保在法效果上应属对公司不生效,因此,应及时调整《九民纪要》目前关于越权担保“可能无效而非不生效”的规定。《民法典》第504条的规定:“法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限外,该代表行为有效,订立

的合同对法人或者非法人组织发生效力。”相较于《合同法》第50条之规定,《民法典》对法定代表人越权代表的法效果的规定更为明确,越权代表将直接影响“代表行为是否有效”,而“代表行为是否有效”将直接决定相关合同对公司是否“发生效力(生效)”。可见,对越权代表的法效果,《民法典》并非采取合同有效与无效的安排,而是规制“合同是否对法人发生效力”。所谓发生效力,是指因意思表示完整而对法人生效。因此,在代表权存在瑕疵之情形,代表行为应属对公司不生效,相关担保合同也应视为对公司“不发生效力”。值得庆幸的是,《担保新解释》第7条修正了《九民纪要》的上述错误立场,明确规定:公司法定代表人违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定,超越权限代表公司与相对人订立担保合同时,相对人善意的,担保合同对公司发生效力;相对人请求公司承担担保责任的,人民法院应予支持。相对人非善意的,担保合同对公司不发生效力。这明显是从“无效”正确地转向了“不生效”。

在违规担保对公司“不发生效力”之情形,公司即不应受该担保行为约束,也就不应对该担保行为承担过错赔偿责任。为此,必须调整《九民纪要》关于无效担保公司仍可能担责的规定——即“担保合同无效,债权人请求公司承担担保责任的,人民法院不予支持,但可以按照担保法及有关司法解释关于担保无效的规定处理。”上述规定使人误解,在违规担保无效之情形,作为受害人的公司仍应/可能承担相应责任。一些法院判决也是如此错误地理解,由此导致了无论担保合同有效与无效,担保人均需担责的怪相。^②如果违规担保仍能让公司担责,相关行为人为人则可能因此获益、进而合法掏空公司,此种“和稀泥”的错误裁判思路,将导致无法遏制违规担保这类滥用行为,应当尽快予以纠正。令人失望的是,《担保新解释》在确认相对人非善意、违规担保不生效时,却仍然规定“相对人请求公司承担赔偿责任的,参照适用本解释第十七条(也即担保无效时担保人的赔偿责任)的有关规定”,^③完全沿袭了此前无效担保在担保人有过错的情形下仍应担责的错误立场。因此,结合《民法典》第504条的有关规定,对违

规担保若采代表权限制路径,则不宜再做合同无效的认定,而应认定相关担保行为因意思表示欠缺,对公司“不发生效力”,公司因此也就不承担相应的法律责任。所以,在《民法典》施行以后,若根据代表权限制理路处理违规担保案件,则应调整此前关于代表权缺失的违规担保无效、公司仍应担责的裁判路径。值得庆幸的是,在国办发14号文中,部分改变了上述不妥的裁判路径。该文件明确要求应“依法依规认定上市公司对违规担保合同不承担担保责任”,^④以解决上市公司的突出问题。《担保新解释》也部分地贯彻了上述立场,即“相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息,与上市公司订立担保合同,上市公司主张担保合同对其不发生效力,且不承担担保责任或者赔偿责任的,人民法院应予支持。”^⑤然而,遗憾的是,上述关于违规担保的法效果仅适用于上市公司,未能扩及一般公司。从法理而言,无论公司类型如何,违规担保应一律对其不生效。惟其如此,才能遏制实践中林林总总的违规担保。

(三)调整上市公司违规担保的裁判规则

上市公司因涉公共利益,属需特别保护的公司形态。尤其是,上市公司投资者众多,所有权与经营权分离更为彻底,投资人以参与股东会或直接参与其他公司治理机构的方式保护自身利益的渠道十分有限,因此,监管部门对上市公司治理合规的监管更为严格,尤其是对控股股东、实际控制人、关联人士等通过上市公司违规担保侵占公司资产、掏空公司的现象管理极为严苛,证监会也专门针对上市公司对外担保出台了若干监管规则,这些监管规则虽然体现为部门规章,但因其涉及公共利益,尤其是有《公司法》《证券法》上可援引的上位法依据,^⑥在司法裁判过程中,应予以特别对待。对上市公司法定代表人违反法律或公司章程对外实施的担保行为,应严格根据前述《公司法》第16条、《民法典》第61条等相关规定,一律认定其对上市公司不生效,也勿需上市公司对外承担任何担保责任,唯此,才能控制住违规担保的行为发生。具体而言,《九民纪要》对上市公司担保的界定和规范存在以下问题:

其一,《九民纪要》对“关联担保”的界定过于狭窄。《九民纪要》完全拘泥于《公司法》第16条的规定,将关联担保限缩解释为“为公司股东或者实际控制人提供的担保”,从而将为公司股东、实际控制人以外的关联人士提供的关联担保排除在关联担保之外,引人误解地认为,该类担保不需按《公司法》第124条规定,遵循关联董事回避程序,并在特定情形下需经上市公司股东大会决议。^②由此,导致实践中股东或实际控制人以外的关联担保,如何履行决策程序,如何认定违规担保行为的效力,产生了“规制空白”,容易引发错误判决。例如,在北海银河生物产业投资股份有限公司与雪松国际信托股份有限公司、贵州长征天成控股股份有限公司、银河天成集团有限公司等金融借款合同纠纷案件中,银河生物与天成控股系关联公司,银河生物为天成控股担保构成关联担保,根据《公司法》第124条、结合该关联担保关联董事应回避之情形,该担保须经银河生物股东大会决议通过。但最高法院第三巡回法庭却在其判决中不当认为,“银河生物为天成控股提供担保不属于法律规定的必须经股东会或者股东大会决议的情形”——其对关联担保的理解完全局限于《公司法》第16条所列情形,并因此裁定认可未经股东会决议的违规担保合同之效力,支持了明显错误的判决。^③

其二,《九民纪要》不认可上市公司章程对担保数额限制的法效力。《九民纪要》完全否定上市公司章程关于公司对外担保数额限制的外部效力,对控制上市公司对外担保行为极为不利。上市公司章程属公开文件,任何人不需花费太高查询成本均可从网上直接获得上市公司章程。因此,要求债权人查询、知晓上市公司章程关于担保的规定(包括担保决议程序和担保数额限制的规定),不会不成比例地增加债权人的注意义务。根据《民法典》第61条的规定,法定代表人的履职行为必须依照法律和章程规定进行,因此,法定代表人应当按照上市公司章程的限制(包括对担保数额的限制),对外代表上市公司行使权利。对于明显超数额对外担保行为,应对上市公司不发生效力。当然,数额限制若为比例限制且

难以衡量的除外。于此情形,则可视情况决定是否应豁免债权人的注意义务。例如,若章程规定,累计对外担保不能超过担保时上市公司净资产的5%,则只要公司提供了相关的比例合规证明,就应豁免债权人进一步查实该比例是否合规的注意义务。因为,此时债权人只能依靠公司提供的数据确认累计担保是否超过净资产的5%,债权人难以独立查清公司对外担保的总额以及净资产数额。当然,若公司向债权人披露了该时期的财务报表数据(包括累计担保数额和净资产数额),则债权人应有相应比例是否合规的注意义务。因此,如果比例限制稍加审查即能发现,仍应由债权人承担注意义务。例如,若章程规定,对外担保不能超过上年度公司净资产的5%,而上年度公司净资产是公开披露的,本次担保数额也是确定,比较容易判断已经超出了上述比例限制。则债权人对此应承担注意义务。因此,应改变《九民纪要》在考察债权人是否善意时,完全不考虑上市公司章程对担保数额限制的安排。

其三,《九民纪要》未明确对上市公司违规担保的法效果。如前所述,为控制上市公司违规担保的发生,维护公众投资者利益,应结合《民法典》关于法定代表人代表权限制、法律行为效力安排以及合同效力的规定,明确上市公司法定代表人违规对外实施担保,担保合同对公司不发生效力;同时,明确《公司法》第16条、第124条对上述公司属效力性强制性规定,对违反上述规定实施的担保,上市公司可以主张担保合同无效并不需承担该无效担保的任何赔偿责任,债权人的相关损失则根据个案情况判断是否应由具体行为人负责。如果一方面认定违规担保对上市公司不生效或无效,另一方面又以上市公司未能对其董事、法定代表人尽到管理责任,在违规担保方面存在过错为由,让上市公司对外承担违规担保的责任,^④则无法从根本上防止上市公司违规对外实施担保行为。

事实上,在法定代表人等违规担保之情形,是很难追究上市公司法定代表人管理不当的所谓管理责任。这是因为,一则,法定代表人的担保职权是由公司法和公司章程明确规定的,不需上市公司再进行

特别规制;二则,由于法定代表人有权对外代表上市公司独立签字,上市公司对其法定代表人的管理很难建立有效的内部约束机制。即使上市公司严格控制法定代表人用章,甚至设计严格的公章控制机制,也无法防止意图实施违规担保的法定代表人独立对外签字担保。更何况,因为法定代表人对公司员工存在制度上和事实上的管理权,控制公章的内部员工很难不服从法定代表人指挥。因此,对法定代表人违规担保,最佳的机制是让法定代表人或指示实施该违规担保的实际控制人自担其责,而不能让上市公司这一本来的受害者承担违规担保的赔偿责任。唯此,才能让过错行为人不至于从其过错行为中获利,也才能最终减少上市公司的违规担保。

在《九民纪要》之前,最高法院对上市公司违规担保在多数情形下仍主张按照无效处理。^⑨《九民纪要》对此反而有所退步——其虽然对上市公司违规担保做了更严格的规定,但对上市公司违规担保的法效果却语焉不详,尤其对上市公司实施违规担保之后,是否仍应因存在过错而承担该违规担保的责任更无特别规定。对此,《九民纪要》在起草过程中,就存在不同观点,在起草者所撰相关解释著作中的观点与公布文本的具体内容也不一致。即便在《九民纪要》出台后,法院的观点也存在很大差异,一些法院在否定违规担保的效力的同时,又让上市公司及其子公司几乎承担全额的无效担保赔偿责任(例如,上市公司承担1/2赔偿,其全资控股子公司承担1/2赔偿责任),^⑩甚至还有一些巡回法庭完全忽视《九民纪要》的安排,停留在传统的“法规范类型判断”维度裁判案件,由此导致裁判尺度极不统一,严重损害了司法的权威和公信力,也严重损害了上市公司的合法权益,应当予以更改。

其四,《九民纪要》未明确未经披露的担保行为不具公示对抗力。对于应予披露的公司担保行为,若上市公司未予披露,是否应认可其效力?公开披露能否直接影响担保合同的效力?对此,虽在法律上无明确规定“披露构成合同的生效要件”,但为保护上市公司公众投资者和债权人利益,促进理性担保,是否可以在裁判实践中尝试以下裁判规则——

对上市公司未经法定程序且未经披露的对外担保行为,债权人不能以之对抗上市公司及其其他债权人,以此可以进一步限缩和控制上市公司的滥权担保行为。最高法院在《关于适用〈民法典〉担保部分的解释》(征求意见稿)中,似乎有意贯彻这一立场。例如,该文件规定:“上市公司的法定代表人超越权限代表公司订立担保合同,相对人未审查上市公司公开披露的关于担保事项的董事会决议或者股东大会决议等信息,其请求上市公司承担民事责任的,人民法院不予支持”。^⑪最终通过的《担保新解释》也延续体现了上市公司对部分违规担保不承担担保责任或者赔偿责任的精神,^⑫虽然上述“限责规范”的适用情形过于狭窄,限于“相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息与上市公司订立担保合同”的情形,但这已经是一个明显进步。未来还应继续扩张上市公司不承担责任的违规担保情形,即,上市公司对所有违规担保均不承担责任,以此确保上市公司合规经营,使从事过错行为的当事人不能从该过错行为中获利。

二、类案2:“通道业务”信托合同效力的判断规则

因立法上对金融机构存在资本充足率、分业经营等严格管制安排,在信托等金融领域,衍生出大量规避上述管制的“通道业务”现象。通道业务信托,又称“事务管理型信托”。在该情形,信托的设定全由委托人控制,信托财产的交易只是借助信托公司/受托人的名义实施,委托人才是“实质信托受托人”,由其决定是否以及如何设立信托,如何运用信托财产,也由其承担信托财产运用的风险。“通道业务信托”被堂而皇之之作避法工具,同时,信托公司为避免自己在通道业务中承担过重责任,往往与直接或间接委托人在合同中明确约定,免除信托受托人对特定信托财产的监管义务和风险责任。与此相适应,也几乎完全限制或取消了信托受托人对信托财产的自主决定权,信托受托人须按照委托人的指示运用信托财产,由委托人确定信托财产的运用对象,信托受托人只是一条被借用的“资金流动通道”。在这一业务模式中,原本由信托受托人自主行使的权

利和应承担的法定义务,基本都以契约方式转移给委托人,从而完全软化了信托赖以存在的基础——信托受托人在享有对信托财产的自主处分权的同时,要承担严格的信义义务。此种“仅有信托之名而无信托之实”的交易,通常旨在实现避法目的,若任其持续发展下去,则中国现行金融立法中有关“管制的安排”,全都可被此类“多层嵌套合同”实质废除。

因此,对此种全无信托之实的通道业务,监管部门采用“穿透式监管”予以行政规制,要求监管穿透到最终投资者和底层资产,以此发现是否存在表外交易需要并表,或是否存在其他逃避监管规制的情形未予披露。但在民商事司法中,如何认定相关合同的效力,则成为争点。按照《民法典》第146条的规定:“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定处理。”因此,是否应当据此调整《九民纪要》关于通道业务相关行为的一般裁判逻辑,将为完成通道业务而形成的一系列嵌套协议视为整体,否定当事人以虚假的意思表示实施的民事法律行为的效力?或言之,如何适用《民法典》和《信托法》的相关规定,能否认定实施通道业务的一系列合同均属“通谋虚伪意思表示”,由此设立的信托亦属“信托目的违法”,进而在司法裁判中完全否定其效力,以维护法律的尊严和管制的实效,维护“行政规制立场”和“裁判规制效果”上的一致性?

对于以避法为目的的信托通道业务,《九民纪要》采取了“向现实低头——新老划断”的实用主义立场。《九民纪要》规定,当事人在信托文件中约定,委托人自主决定信托设立、信托财产运用对象、信托财产管理运用处分方式等事宜,自行承担信托资产的风险管理责任和相应风险损失,受托人仅提供必要的事务协助或者服务,不承担主动管理职责的,应当认定为通道业务。进而认为,《中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》第22条在“金融机构不得为其他金融机构的资产管理产品提供规避投资范围、杠杆约束等监管要求的通道服务”的同时,也在第29条

明确按照“新老划断”原则,将过渡期设置为截止2020年底,确保平稳过渡。在过渡期内,对通道业务中存在的利用信托通道掩盖风险,规避资金投向、资产分类、拨备计提和资本占用等监管规定,或者通过信托通道将表内资产虚假出表等信托业务,如果不存在其他无效事由,一方以信托目的违法违规为由请求确认无效的,人民法院不予支持。至于委托人和受托人之间的权利义务关系,应当依据信托文件的约定加以确定。上述裁判立场,实际上是允许在2020年底之前,认可上述通道业务相关契约的合法性,貌似与行政规制立场取得了短暂的一致。法院只有在“存在其他无效事由”时,方可能否定通道业务合同的效力,可是,所谓“存在其他无效事由”——通常要求诸公共利益、公序良俗,在实践中不仅难以判断、难以证明、难以释理,基本很难得到满足。而且,上述解释立场完全不顾及信托法上单独以信托目的违法即可宣告信托设立无效的安排。

从部门法的规范逻辑来说,通道业务信托合同的效力问题,涉及民法典、商事部门法、商法原则与规制监管法的关系。从《民法典》角度而言,通道业务信托合同的效力可能与通谋虚伪意思表示相关,也可能与损害公序良俗、违反法律、行政法规强制性规定相关,《民法典》主要处理个别交易关系,属“普通交易法”的立场,按照民法的逻辑,通道业务信托合同可能属无效合同或属需依具体情况判断的效力待定合同。从商法外观主义/表示主义原则而言,通道业务合同应按其所表示出来的合同类型认定其效力,则通常会忽略隐藏的真实目的,从而倾向于认定合同有效;从商事特别法角度而言,通道业务合同涉及信托财产的独立性——受托人可自主决定和使用信托财产,也可能涉及信托目的违法,在这两种情形,相关合同可能会被认定为有效,也可能被认定为无效;而按照规制监管法逻辑,其主要处理穿透监管的问题,并未回答私法上合同的效力,对该问题的回答可能会回到《民法典》关于穿透监管规则是否属于效力性强制性规定的问题。虽然最高法院在《九民纪要》中提出,应“注意处理好民商事审判与行政监管的关系,通过穿透式审判思维,查明当事人的真

表 1 通道业务合同效力的不同部门法逻辑

法律部门	基本立场	法效果	通道业务合同的效力	部门法地位
民法典	通谋虚假意思表示	与相对人以虚假意思表示实施的民事法律行为无效	无效	普通法(交易法)
		虚假意思表示隐藏的民事法律行为效力依照法律规定处理	待定	
	损害公序良俗	无效	无效	
	违反法律、行政法规强制性规定	无效	无效	
商事特别法—信托法	信托目的违法	无效	无效	特别法(交易法)
	信托财产独立性	有效	有效	
商法的基本原则	外观主义/表示主义	有效	有效	
规制监管法	损害金融秩序	穿透监管	未予回答	平行法(规制法)
	损害公共利益	穿透监管	未予回答	

实意思,探求真实法律关系”。^④由此,意味着在民商事裁判过程中,法院应采取规制监管法的穿透式审判思维,根据真实交易状态去认定交易行为的效力,从而使规制监管法具有了认定交易行为效力的“准据法”功能,但对于因此而签订的合同的效力,法院并未特别明确地回答,而是需要视具体情况确定,不能仅仅因信托目的违法而否定合同效力。

民法典、商法与规制监管法在法体系分工上,分属“普通交易法”“特别交易法”与“平行法”的范畴。所谓“平行法”,也即在法部门层面,规制监管法是与民法典平行的法体系,但在具体的法规范范畴中,规制监管法所属法律部门中也可能有一部分规范属于“特别交易法”的范畴。例如,信托法和商业银行法中都存在交易法的内容,这些交易法的内容则属于商事特别法,只有其监管法的内容可能属于与民法等交易法平行的规制法范畴。从“普通交易法”“特别交易法”的逻辑中,似乎不难得出,通道业务信托合同应当优先适用“商事特别法”与“商法的基本原则”进行处理。在“商法基本原则”(依法认定有效)与“商事特别法”规范(依法认定无效或有效)发生效力冲突时,应当以“商事特别法”的明确规定为依据进行裁判,在信托财产独立性与信托目的违法发生冲突时,应优先适用信托目的违法规范进行处理(参见图 1),因为,信托目的违法规范系与通道业务信托合

同效力直接相关的规范,该直接规范已明确就效力问题作出规定,应直接予以适用。遗憾的是,《九民纪要》并未如此处理,而是要求附加“其他无效事由”,此种“附加无效事由”的裁判逻辑,没有任何法理论上的根据。因为信托目的违法的无效事由是可以单独予以运用的,在《信托法》上,以信托目的违法宣告信托设立无效是不需要附加任何其他理由的。因此,《九民纪要》的上述过渡立场是明显损害信托法基本秩序的安排,应当予以调整。

可能会有人认为,信托的价值和魅力在于“可以规避法律规定”,因此,“避法”不应成为信托设立目的违法的判断标准。上述观点只是貌似正确。因为,通道业务信托的最大问题不仅在于其系“避法行为”,还在于其系“以信托之名而避法行为”,并无信托之实,其在根本上应不属信托。若委托人采用信托方式避法,但不将信托设计为名义通道,而是有信托之实,受托人也承担信托管理人的各项信义义务,并非仅作事务性管理(法定信托义务不得以合同方式免除),信托财产亦系由受托人自主决定和运用(维持信托财产的独立性),则此种有信托之实的避法信托的设立,不应认定为无效——这恰好体现了“信托避法”的魅力。因此,真正扰乱信托秩序的不是信托避法本身,而是旨在避法的无信托之实的名义信托,此种无信托之实的名义信托大量存在,才是彻底摧

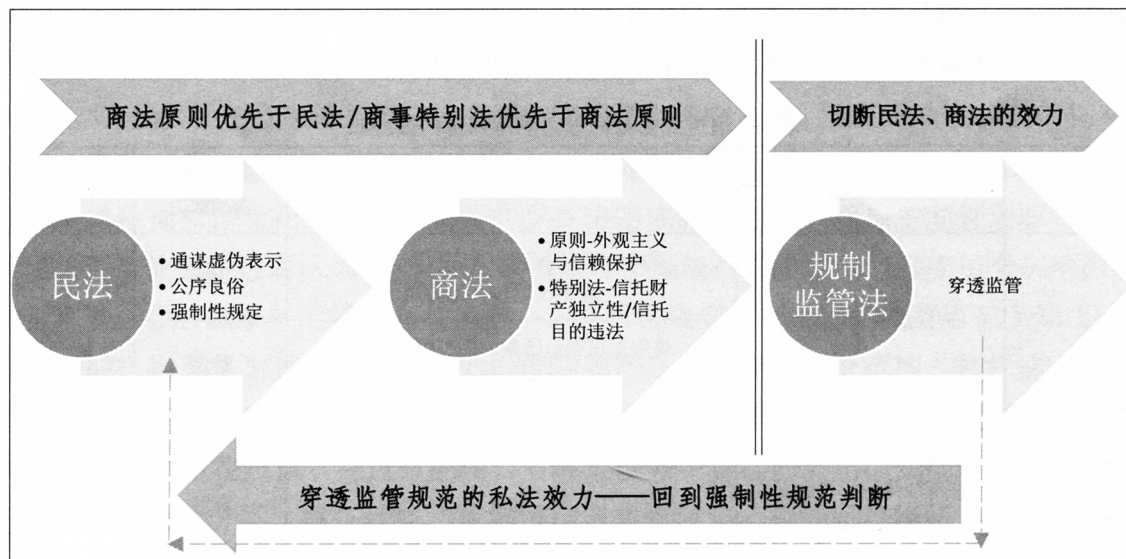


图1 通道业务信托合同效力判断中的民法、商法与规制监管法的逻辑

毁信托观念、损害信托原则和信托制度的元凶。因此,以“信托设立目的违法”为由否定通道业务信托合同的效力,并非要从根本上否定信托制度,而是要维护信托制度的核心价值,维护信托财产独立性和信托管理人信义义务的核心安排,这是商事信托未来之所以有可能凝聚社会信用,成为有价值的交易工具的重要因素。所以,一律否定通道业务信托合同的效力,正是为了维护信托的价值,不存在否定信托价值和魅力的问题。

三、类案3:隐名持股协议效力的判断规则

与通道业务信托合同效力相关的,还有隐名持股协议的效力以及效力射程问题。在司法实践中,存在大量的隐名持股协议,此种隐名持股协议能否直接影响到公司法上的股权关系,实务中存在较大争议,最高法院关于公司法的司法解释也未能坚持一贯原则,在隐名持股协议所涉股东判断的问题上,存在矛盾立场,由此引发了裁判与执行的混乱。^⑧因此,有必要结合《民法典》与《公司法》的规定,重构隐名持股协议的效力判断规则及效力射程,以妥当处理相关纠纷。与隐名持股协议效力相关的纠纷主要是三方面:

其一,违反金融监管规范的隐名持股协议的效力。最为典型的就是因为存在保险公司、商业银行

等金融机构的股东资格限制,实践中产生了金融机构股东代持协议的效力问题。因对金融机构的股东资格的直接限制规则多为行政规章,对于此种代持协议是否应当认定为无效,就存在截然相反的观点。一些法院认为,代持协议只是违反了行政规章,并未违反法律、行政法规,因此不应否定其效力,但因违反监管部门的规定,可能影响该协议的履行。例如,在“上海保培投资有限公司等诉雨润控股集团有限公司股权纠纷案”中,江苏高院即持这一观点。^⑨还有一些法院则认为,虽然代持协议表面上违反了行政规章,但同时损害了公共利益,因此,应否定代持协议的效力。例如,在“福州天策实业有限公司诉福建伟杰投资有限公司、君康人寿保险股份有限公司营业信托纠纷上诉案”中,最高法院以损害公共利益为由否认了该股权代持协议的效力。^⑩

其二,违反上市公司监管规范的隐名持股协议的效力。例如,证监会要求上市公司在首次公开发行股份时,应当披露其股东关系,个别公司未能披露所存在的代持协议,因此产生该代持协议的效力争议。湖南省高级人民法院等认为,该类代持协议有效;^⑪但在杨金国、林金坤股权转让纠纷案中,最高法院认定,上市公司的股份代持违反了相关监管规定,损害了公共利益,应认定为无效。^⑫

其三,在存在隐名持股协议之情形,隐名持股协议能否对抗公司法上的主体?对此,涉及《民法典》与《公司法》的相关规范如何适用的问题。《公司法》上的法律关系,系组织关系,为识别股东的安定性,多以外观主义为处理原则,不论该种关系是否涉及交易。但《九民纪要》在一定程度上将外观主义仅局限于交易法,压缩了外观主义的适用范围,从而产生了严重的问题——导致组织法上的股东关系极不稳定。例如,《九民纪要》规定:

特别注意外观主义系民商法上的学理概括,并非现行法律规定的原则,现行法律只是规定了体现外观主义的具体规则,如《物权法》第106条规定的善意取得,《合同法》第49条、《民法总则》第172条规定的表见代理,《合同法》第50条规定的越权代表,审判实务中应当依据有关具体法律规则进行判断,类推适用亦应当以法律规则设定的情形、条件为基础。从现行法律规则看,外观主义是为保护交易安全设置的例外规定,一般适用于因合理信赖权利外观或意思表示外观的交易行为。实际权利人与名义权利人的关系,应注重财产的实质归属,而不单纯地取决于公示外观。总之,审判实务中要准确把握外观主义的适用边界,避免泛化和滥用。^⑩

上述关于外观主义法理的运用,完全忽视了《公司法》第32条之规定,^⑪仅将外观主义运用/局限于交易关系,忽视了商法上外观主义的双重构成——“组织法上的外观主义”与“交易法上的外观主义”。因公司组织为虚拟的人格主体,识别公司组织的构造就成为有风险的问题,外观保护运用于组织法,就使组织构造的判断风险大大降低,从而形成组织法上的外观主义规则。因此,组织法上也存在信赖保护。此种信赖保护,最为典型的就是有限公司对其股东的识别——以记载于股东名册上的股东为准。公司发出股东会的会议通知、对股东进行利润分配,均是以股东名册上所记载的股东为准,当公司未设置股东名册时,则援引公司登记或公司章程的记载为准(股份公司则需区分其为上市公司与非上市公司,区分其股东登记的具体方式而定,上市公司多以登记结算公司出具的股东名册确定其股东;非上市

公司若采取区域性股权登记托管或券商股权登记托管的,则以托管机构出具的名册为准,若未采取托管方式,则多以股票出示(无记名股票)与公司登记(仅指发起人股份)为准。根据股东名册及股东登记通知股东开会以及发放股利,均不存在外部交易关系的问题,因此,此种外观信赖属于“组织法上的外观信赖”。《九民纪要》认为,外观主义主要适用于交易法的领域,尤其是,在解决实际权利人与名义权利人的关系时,主张应注重财产的实质归属,而不单纯地取决于公示外观,这可能在某种程度上鼓励了隐匿行为,是否是妥当的裁判安排,殊值讨论。在实践中,也存在根据普通委托代理关系界定隐名持股的股权归属的主张,^⑫此类主张均不利于商法上的外观判断,均属“商事关系向普通民法逃遁”的典型表现。

对隐名持股协议,是否可以适用《民法典》关于通谋虚伪意思表示的规范,进而否定其效力?对此,同样因为商法上建立了外观主义原则和制度,因此,应当优先适用外观主义原则和制度来处理此种实际出资人与名义持股人不一致的状况,所以,原则上不宜直接否定隐名持股协议的效力,除非存在损害公共利益或公序良俗或违反法律行政法规强制性规定等无效情形。因此,对隐名持股协议的效力,还是应区分该协议是否会影响公共利益和公序良俗而分别讨论。若隐名持股协议不影响公共利益和公序良俗,则对其效力不必予以否定;若隐名持股协议可能损害社会公共利益或公序良俗,则对其效力予以否定。但无论何种情形,都应当限制隐名持股协议的效力射程,隐名持股协议只应产生“交易法上的效果”——只能约束交易行为当事人,若无其他特殊安排——例如,表决权代理、表决权信托、无权处分等,均不应直接影响组织法上的关系,也不应直接产生组织法上的“涉他效力”。也即,无论存在何种隐名持股协议,在组织法上,仍是按照外观信赖来识别、确定谁是公司股东,并给其分配相应股东权利,令其承担相应股东义务和责任。以此检视现行公司法司法解释和法院裁判案例,显然并未完全贯彻此种“外观主义”逻辑——在一些特殊情形,法院直接越过名义股东,令实际投资人拥有类似于股东的地位和权

利,此种“架空名义股东”的做法,容易导致股东认定的不确定性,尤其是对股权的强制执行可能完全无法进行;在另一些情形,法院又约束自己的行动,认可名义股东的股东地位,令其承担作为股东的责任。例如,在《公司法司法解释三》中,最高法院在股东权利分配方面,并未完全认可名义股东拥有完整的处分权,但在追究名义股东的责任时,又部分地认可名义股东的股东地位,由此产生了权利—义务不对等的情形,也即名义股东并不拥有完整的股东权,但却需要承担作为股东的责任。诸如,在代持股之情形,将名义股东的“有权处分视为无权处分”,否认其享有完整的股权处分权;^⑩在未进行股东变更登记而发生一股多卖之情形,也不认可原股东(名义股东)的处分权;^⑪在冒名登记之情形,也否认名义股东的股东地位,令实际行为人承担作为股东的责任;^⑫但在股东存在虚假出资之情形,又认为名义股东应对债权人承担作为股东的补充赔偿责任。^⑬

此种立法安排明显侧重于对实际权利人和债权人利益的保护,但对组织法上外观主义原则的坚守则明显不够,这是比较典型的“普通民法思维”和“交易法思维”,是过于偏重交易法上外观主义法则而忽略组织法上外观主义法则的表现,由此还会引发一系列问题——若名义股东无完整处分权,则其在组织法上的权利行使行为,例如,参与股东会、行使表决权、获得利润分配、进行质询等等,是否需要因此受到质疑?如何协调民事交易法与商事组织法在外观主义原则方面的管辖范围?法律的价值在于规范明确,易于遵守。我们现今法治所面临的问题是,在法律/法学技术日益精细的情况下,法学家倾向于将简单的关系复杂化,这恰好背离了法律从简的价值追求。法律并不能管控我们所处社会的全部问题,法律是为了遵守和执行的,因此,法律以及法律所创设的法律关系应当简洁明了,便于执行。在商法领域,此种简洁明了,还表现为规则统一,易于识别,从而有助于固化商人的交易预期,有助于提升交易效率。因此,从简化法律关系而言,组织法与交易法上的外观主义逻辑是否应当尽量保持一致?由此,也有利于建立统一的公司股东识别规则,也有助于在

交易中进行风险判断。如果过于强调“注重财产的实质归属”,按照实际权利义务去确定法律关系,则交易的“尽调成本”“担保成本”“增信成本”都将因此大大提高,在组织法上也会增加组织运行的成本,组织法上的决议秩序也会因股东识别存在风险而面临破坏的可能。

因此,从公司法理论的角度,应当建立统一的外观主义规则,认可彻底的外观主义的效力。在组织法与交易法上,实际出资人与名义股东之间的法律关系由双边契约来约束,按照合同相对性原则,该契约仅在其内部生效,对外没有法律效力。在交易法所涉交易关系中,一旦涉及股东的识别,交易相对人、第三人及任何其他利益相关者,应当都以名义股东为股东,其与名义股东所发生的法律关系,无论是股权处分关系,抑或债权人追责关系,均以公司法规予以调整,不随意、直接追及背后的实际出资人,除非符合代位权等间接追责的情形。组织法上的关系更是如此,完全应当根据外观主义原则进行股东识别,如果在组织法上限缩外观主义原则的使用,则名义股东的登记制度在公司法上将没有任何意义,尤其是还会产生股东识别的难题。如同富勒所强调,官方的行动要与宣布的规则保持一致,宣布的规则与适用的规则具有一致性是基本的正义。^⑭在组织法的角度,名义上的股东(宣布的规则)与参与公司治理的股东(适用的规则)具有一致性也是基本正义的体现。

另一个与此相关的问题是,《民法典》第64条、第65条与《公司法》第32条关于法人实际情况与登记事项不一致的法律适用协调问题。《民法典》第64条规定:“法人存续期间登记事项发生变化的,应当依法向登记机关申请变更登记。”第65条规定:“法人的实际情况与登记的事项不一致的,不得对抗善意相对人。”而《公司法》第32条规定:“公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记;登记事项发生变更的,应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人。”在登记对抗的对象范围上,《民法典》及此前的《民法总则》均是采用“不得对抗善意相对人”的表述,而《公司法》系采用“不得对抗

第三人”的表述,二者的差别不仅在于是否有“善意”限制,更在于对抗的主体到底是“相对人”,还是“第三人”?《九民纪要》认为,对于《民法总则》与《公司法》规定不一致的,根据《民法总则》第11条有关“其他法律对民事关系有特别规定的,依照其规定”的规定,原则上应当适用公司法的规定。但应当注意也有例外情况:如果就同一事项,民法总则制定时有意修正公司法有关条款的,应当适用民法总则的规定。《民法总则》第65条的规定则把“不得对抗第三人”修正为“不得对抗善意相对人”。经查询有关立法理由,可以认为,此种规定的不一致,是《民法总则》有意修订了《公司法》的规定,因此,应优先适用《民法总则》。^⑩由于《民法典》上述条文直接来源于《民法总则》,当然的逻辑是《民法典》的上述条款也应优先得到适用。虽然,在法教义学上,对《公司法》第32条所谓“第三人”做限缩解释,将其限定为“善意第三人”是妥当的理解。但,以“相对人”取代“第三人”,则是未能注意到普通民事关系与商事组织法关系的差异,前者往往是在双方当事人之间发生,是一种个别法上的交易关系,而后者则往往在双方当事人及他人之间发生,是一种团体法上的关系。例如,普通买卖合同,交易相对人关系简单,主要是双方当事人构成;而公司法上的股权转让、公开发行融资、决议对外交易等法律关系,都是团体性的,其所涉及的主体往往并非简单的交易双方当事人,还涉及组织内部的公司、其他股东等,就股权变动而言,不仅涉及转让方与受让方,还涉及公司债权人、公司、其

他股东,这些主体通常是交易相对人以外的第三人(参见表2)。因此,在团体法上,更倾向于使用“第三人”而非“相对人”的概念,这是由团体法关系的“发散性”、“涉他性”所决定的。就此而言,在《公司法》第32条与《民法典》第65条的法律适用上,仍应坚持“特别法优先于一般法”的规则可能更为合适,只是在具体适用时,可以对第三人的范围做限缩解释,限定为“善意第三人”。

结论

《民法典》的颁布仿佛在一夜之间改变了中国社会。《民法典》对于集中调整民商事关系,尤其是便利民众的法律适用具有极为重要的意义。中国现在正处于“全面商化”的阶段,由于缺乏《商法通则》或《商法典》,司法实践中经常面临如何区分及处理民事与商事交易的问题,特别是《民法典》与商事单行法之间的表面冲突/矛盾应如何化解等问题将长期摆在我们面前——这在组织法关系与交易法关系中均有不同程度的体现。《九民纪要》虽部分地处理了《民法总则》与《公司法》《合同法》的协调问题,但其对民法与商法关系的理解,尤其对商法中一些核心原则和观念(例如外观主义、公司法的团体性理念)的理解尚存在偏差。私法存在民法与商法两翼,以具体纠纷类型管窥民法与商法的关系,妥当处理《民法典》与《公司法》等商事单行法的适用问题,将会是未来很长一段时间内法院的主要任务。对此,恐怕仍应坚持商事特别法优先适用的原则,理性看待《民法典》对商事关系的调整。

表2 交易法与组织法上的相对人及第三人关系比较

法域	交易当事人		相对人	第三人
交易法 (个人法)	买卖合同	转让人与受让人	互为相对人	通常无
组织法 (团体法)	股权转让	转让人与受让人	互为相对人	公司、其他股东、债权人
	股份/债券发行	发行人与认购人	互为相对人	其他股东、债权人、潜在投资者
	公司决议	全体股东/全体董事	互为相对人	公司、董事(相对于股东会决议)、股东(相对于董事会决议)、债权人
	公司合并分立	参与合并分立的 公司	互为相对人	股东、债权人
	公司清算	清算组成员	互为相对人	股东、债权人

注释:

①钱玉林:《民法总则与公司法的适用关系论》,《法学研究》2018年第3期。

②参见最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号)。

③参见钱玉林:《商法漏洞的特别法属性及其填补规则》,《中国社会科学》2018年第12期。

④参见邹海林:《公司代表越权担保的制度逻辑解析——以公司法第16条第1款为中心》,《法学研究》2019年第5期。

⑤参见甘培忠:《公司法第十六条的法义情景解析》,《法制日报》2008年2月17日。

⑥施天涛教授认为,公司有权机构做出的担保决议非经司法裁判为无效或被撤销,不能以违反《公司法》第16条作为判定担保合同效力的直接依据,《合同法》《担保法》不能“穿透”《公司法》第16条径行决定担保合同的效力。参见施天涛:《〈公司法〉第16条的规范目的:如何解读、如何适用?》,《现代法学》2019年第3期。

⑦较早从代表权限制角度理解担保合同效力的案例,可以参见“中国光大银行深圳分行与创智信息科技股份有限公司、深圳智信投资有限公司、湖南创智集团有限公司借款保证合同纠纷上诉案(法宝引证码)CLI.C.329236)。学界相关讨论文献可以参见罗培新:《公司担保法律规则的价值冲突与司法考量》,《中外法学》2012年第6期;高圣平:《公司担保相关法律问题研究》,《中国法学》2013年第2期;周伦军:《公司对外提供担保的合同效力判断规则》,《法律适用》2014年第8期。

⑧参见高圣平、范佳慧:《公司法定代表人越权担保效力判断的解释基础——基于最高人民法院裁判分歧的分析和展开》,《比较法研究》2019年第1期;钱玉林:《寻找公司担保的裁判规范》,《法学》2013年第3期。

⑨参见宋晓明:《关于商事审判若干疑难问题的思考》,《人民法院报》2010年9月1日。

⑩例如,最高人民法院民事判决书,(2016)最高法民终158号;最高人民法院裁定书,(2016)最高法民申1692号;最高人民法院裁定书,(2016)最高法民申231号;最高人民法院民事判决书,(2016)最高法民终271号;最高人民法院裁定书,(2016)最高法民申1831号;最高人民法院裁定书,(2015)民申字第2595号;最高人民法院裁定书,(2013)民申字第2275号;吉林省高级人民法院民事判决书,(2017)吉民初80号。

⑪2007年宋晓明法官在就民商事审判中的疑难问题接受媒体采访时曾坚持这一观点。参见孙晓光:《加强调查研究探索解决之道——就民商事审判工作中的若干疑难问题访最高人民法院民二庭庭长宋晓明》,《人民司法》2007年第11期。

⑫宋晓明法官主张:“公司为股东或实际控制人进行担保,即使未经股东会或股东大会决议,也不宜笼统认定该担保

无效,应当根据不同情形分别判断。对封闭性公司,比如有限公司或未上市的股份公司,由于股东人数少,股东通常兼任公司董事或高管,管理层与股东并未实质性地分离,股东对公司重大事项仍有一定的影响力,该类事项即使未经股东会或股东大会决议,但通常也不违背股东的意志。况且封闭性公司不涉及众多股东利益保护、证券市场秩序维护等公共利益问题,因此,能否绝对地以未经股东会或股东大会决议为由认定担保无效,值得商榷。但是如果是公众公司,如上市公司为股东或实际控制人提供担保,应当审查该担保是否经过股东大会决议同意,未经股东大会决议同意的担保,属于重大违规行为,侵害了众多投资者利益,扰乱了证券市场秩序,应当认定无效。”同前注⑨。

⑬参见贺小荣:《最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要》,人民法院出版社2018年版,第190页。

⑭“中国工商银行股份有限公司祥云支行与云南世晟农业科技有限公司保证合同纠纷再审案”中,最高人民法院即坚持了这样的审查逻辑。法院认为,担保行为不是法定代表人所能单独决定的事项,而必须以公司股东(大)会、董事会等公司机关的决议作为授权的基础和来源。本案中,没有证据证明世晟公司为金秋公司向工商银行祥云支行的借款提供担保时履行了上述决议程序。世晟公司的法定代表人直接控制了该公司的公章,不能仅以《保证合同》上加盖世晟公司的公章而直接推断出该公司对法定代表人的越权担保行为进行了追认。在世晟公司未提交公司权力机关决议的情况下,根据《合同法》第50条关于法定代表人越权代表的规定,人民法院应当审查订立合同时债权人是否善意。作为专业金融机构的工商银行祥云支行并未提交证据证明订立担保合同时对世晟公司的相应决议进行了审查,故该行不能构成善意第三人。参见最高人民法院裁定书,(2019)最高法民申5029号。类似的主张还可参见周伦军:《公司对外提供担保的合同效力判断规则》,《法律适用》2014年第8期。

⑮同前注②。

⑯类似的判决或裁定很多,例如,在“吉林柳河农村商业银行股份有限公司诉亿阳集团、邓伟及公司借款合同纠纷案”中,一审法院吉林省高级人民法院认为:《公司法》第16条第2款规定:“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的,必须经股东会或者股东大会决议。”该规定属于针对公司内部管理、运营机制的程序性规定,本意在于限制公司主体行为,防止公司的实际控制人或高级管理人员损害公司、小股东或其他债权人的利益,实质系内部控制程序,不能以此增加交易相对方的责任或冲击交易安全。故该规定应理解为管理性强制性规定,违反该规定不必然导致合同无效。参见吉林省高级人民法院民事判决书,(2017)吉民初80号。再如,在“陕西神木酒业有限责任公司、刘贵平民间借贷纠纷再审审查与审判监督案”中,最高人民法院认为:公司章程是记载公司组织及

行为的基本规则的文件,是公司的内部治理规范,在公司外部并不产生拘束力,故原判决未对神木公司章程进行质证认证亦无不当。因此,神木公司以原判决认定事实不清申请再审的理由不成立。《公司法》是公司的组织法和行为法,其第16条关于公司对外提供担保的规定并非《合同法》第52条第5项规定的“强制性规定”,故原判决认定涉案担保合同有效,适用法律并无不当。参见最高人民法院裁定书,(2019)最高法民申6084号。

①⑦参见曹士兵:《中国担保制度与担保方法——根据物权法修订》,中国法制出版社2008年版,第102页。宋晓明法官主张违规担保无效的观点,也体现了此种立场。

①⑧参见徐海燕:《公司法法定代表人越权签署的担保合同的效力》,《法学》2007年第9期。

①⑨同前注②。

②⑩参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(法释[2020]28号)第7条第3款。

②⑪同前注②。

②⑫例如,在“中国信达资产管理股份有限公司深圳市分公司诉深圳市赛臣软件科技有限公司、江西省翠林山庄有限公司等借款合同纠纷案”中,广东省高级人民法院认为:“公司未按照《公司法》第16条的规定经董事会或股东会决议通过而对外提供担保的,人民法院应当认定担保行为无效。在主合同有效而担保合同无效的情况下,应依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第七条的规定,结合债权人、担保人的过错责任大小,在主债务人不能清偿债务部分的1/2幅度范围内认定担保人承担赔偿责任。”参见广东省高级人民法院民事判决书,(2012)粤高法民二终字第19号。

②⑬同前注②,第17条。

②⑭参见《国务院关于进一步提高上市公司质量的意见》(国发[2020]14号)。

②⑮同前注②,第9条第2款。

②⑯例如,《公司法》《证券法》关于对外担保、关联关系、关联交易的规范。

②⑰参见《公司法》第124条。

②⑱参见最高人民法院裁定书,(2019)最高法民申2629号。

②⑲参见上海市高级人民法院民事判决书,(2018)沪民初99号。

③⑩同前注⑨。

③⑪同前注②⑨。

③⑫同前注②⑨。

③⑬同前注②⑨,第9条第2款。

③⑭同前注②。

③⑮参见钱玉林:《民法与商法适用关系的方法论诠释——以〈公司法〉司法解释(三)第24、25条为例》,《法学》2017年第2期。

③⑯在该案中,江苏高院认为:关于股权代持问题,目前仅《股权管理办法》第8条明确规定“任何单位或者个人不得委托他人或者接受他人委托持有保险公司的股权”,该办法系为保持保险公司经营稳定,保护投资人和被保险人的合法权益,加强保险公司股权监管,根据保险法、公司法等法律所制订,若有违反相关规定的,保监会根据有关规定可予处罚,由于该规定尚不属于立法法所规定的授权立法范畴,故雨润公司以此主张2015年9月18日协议违反国家强制性法律规定而无效不符合合同法及其司法解释的规定。参见江苏省高级人民法院民事判决书,(2017)苏民终66号。

③⑰参见最高人民法院裁定书,(2017)最高法民终529号。

③⑱例如,在王斌与陈黎明股权转让纠纷中,湖南省高院认为,被代持股权的公司虽然是上市股份公司,“从法理上讲,公司法和其他法律、法规并未明文规定禁止该类公司股份代持,更未宣告该类代持协议无效,故参照《公司法司法解释(三)》第二十四条的法律精神,本案股份代持协议不具有合同法第五十二条规定的无效情形,应为有效协议。”参见湖南省高级人民法院民事判决书,(2017)湘民终104号。此外,类似支持代持有效的观点,还可以参见以下判决书,例如,江苏省高级人民法院民事判决书,(2017)苏民终66号;北京市第一中级人民法院民事判决书,(2014)一中民初字第1076号。

③⑲例如,在该案中,最高人民法院认为:上市公司发行人必须真实,并不允许发行过程中隐匿真实股东,否则公司股票不得上市发行,通俗而言,即上市公司股权不得隐名代持。参见最高人民法院裁定书,(2017)最高法民申2454号。

④⑩同前注②。

④⑪例如,《公司法》第32条规定:“有限责任公司应当置备股东名册……记载于股东名册的股东,可以依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记;登记事项发生变更的,应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人。”

④⑫参见王毓莹:《股权代持的权利架构——股权归属与处分效力的追问》,《比较法研究》2020年第3期。

④⑬参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(2020修正)第25条。

④⑭同前注④⑬,第27条。

④⑮同前注④⑬,第28条。

④⑯同前注④⑬,第26条。

④⑰参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2010年版,第96-106页。

④⑱同前注②。